



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2019

---

## **Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH**

Jentsch, Valentin

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-198451>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Jentsch, Valentin (2019). Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 14(1):132-140.

Valentin Jentsch\*

## Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH

Besprechung des Urteils 4A\_60/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Juni 2018

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
  1. Einwand der mangelnden Schiedsfähigkeit
  2. Anspruch auf rechtliches Gehör
  3. Willkürüge
- III. Erläuterungen
  1. Qualifikation und Konsequenzen der Rechtsnatur eines vertraglich vereinbarten Kaufrechts
    - 1.1 Qualifikation des vertraglichen Kaufrechts als Gestaltungsrecht
    - 1.2 Befristung des Kaufangebots und Annahmbedürftigkeit
    - 1.3 Ausübungspreis, Irrtumsanfechtung und Bedingungen
  2. Berücksichtigung der Umstände des Ausscheidens des veräusserungswilligen Gesellschafters
    - 2.1 Unterscheidung arbeits- und vertragsrechtlicher Streitigkeiten
    - 2.2 Prüfung von alternativen und kumulativen Voraussetzungen
    - 2.3 Rechtfertigung der Reduktion von 40 % des wirklichen Werts
    - 2.4 Beurteilung der objektiven Tragweite einer Schiedsklausel
  3. Erforderlichkeit der Zustimmung der Gesellschaft zur Abtretung der Stammanteile
    - 3.1 Unterscheidung gesellschafts- und vertragsrechtlicher Streitigkeiten
    - 3.2 Bedeutung der Modalitäten der Zustimmung für das Kaufrecht
    - 3.3 Genehmigungsfiktion und gesellschaftsinterne Formalien
- IV. Bedeutung für die Praxis

### Kernsätze

Ein vertragliches Kaufrecht ist als Gestaltungsrecht zu qualifizieren, dessen rechtswirksame Ausübung Rechte und Pflichten begründet. Die Ausübung des Kaufrechts erfolgt durch einseitige Willenserklärung, die ihrerseits

nicht annahmbedürftig ist und nur unter sehr strengen Voraussetzungen unter einem Vorbehalt abgegeben werden darf.

Im Rahmen der Beurteilung einer vertragsrechtlichen Streitigkeit durch ein Schiedsgericht dürfen auch die Umstände des Ausscheidens eines Gesellschafters berücksichtigt werden, der zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft war. Dies gilt selbst bei einer hängigen arbeitsrechtlichen Klage vor einem staatlichen Gericht.

An die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Abtretung von Stammanteilen sind in vertragsrechtlicher Hinsicht keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es ist ausreichend, wenn sich aus der Kaufrechtsausübung ergibt, dass die Abtretung von der Gesellschaft mitgetragen wird.

### I. Sachverhalt

A., B., C., D. und F. haben je 2'000 der 10'000 Stammanteile der E. GmbH gehalten, einer Holdinggesellschaft, die sämtliche Aktien der operativ tätigen E. AG hält.<sup>1</sup> Im Gesellschafterbindungsvertrag vom 12. November 2011 (GBV), an dem alle fünf Gesellschafter beteiligt waren, wurde für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ein Kaufrecht der übrigen Gesellschafter vereinbart.<sup>2</sup> Unter dem Titel «Festlegung des wirklichen Wertes» sieht Art. 6.6 lit. a GBV die Wertbestimmung im Rahmen der alljährlichen Prüfung durch die Revisionsstelle, auf Begehren einer Partei durch einen zugelassenen Revisor oder Revisionsexperten, durch ein von einer Partei angerufenes Schiedsgericht oder durch einvernehmliche Lösung unter den Parteien vor. Zudem schreibt Art. 6.6 lit. b GBV vor, dass der Ausübungspreis des Kaufrechts bei freiwilliger Veräusserung oder Veräusserung wegen verschuldeter Kündigung des Arbeitsverhältnisses 60 % des wirklichen Werts betragen soll. Art. 10.1 GBV enthält eine Schiedsklausel, die sich auf alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Vertrag bezieht.

\* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt; FAN Fellow an der Universität Zürich, Gastwissenschaftler an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich bedanke mich bei Herrn RA Beat Gachnang und Herrn RA Michael Hafner, die mir in Abstimmung mit den am Verfahren beteiligten Personen freundlicherweise den Schiedsspruch des Ad-hoc Schiedsgerichts mit Sitz in Luzern vom 18. Dezember 2017 zur Verfügung gestellt haben.

<sup>1</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, A.a.

<sup>2</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, A.b.

Nach einer Auseinandersetzung zwischen A. und dem damaligen Geschäftsleiter D. verliess D. das Unternehmen, da sonst A. zusammen mit mehreren Software-Programmierern das Unternehmen verlassen hätte, und wollte seine Anteile an der E. GmbH an die übrigen Gesellschafter veräussern.<sup>3</sup> Die von A. mit der Erstellung einer Unternehmensbewertung mandatierte Revisionsstelle der E. AG, die J. AG, bestimmte den Wert des Unternehmens auf CHF 6'250'000 (entsprechend CHF 625 pro Stammanteil). Daraufhin übten A., B., C. und F. ihr Kaufrecht gestützt auf Ziff. 6.6 lit. b GBV zu einem Preis von 60 % des errechneten Unternehmenswerts (entsprechend CHF 375 pro Stammanteil) aus mit der Begründung, D. verlasse das Unternehmen freiwillig. D. war mit dieser Bewertung nicht einverstanden und holte bei einem anderen Wirtschaftsprüfer, der K. AG, ein eigenes Gutachten ein, das von einem Unternehmenswert von CHF 14'229'995 (entsprechend CHF 1'423 pro Stammanteil) ausging.

D. leitete daraufhin ein Schiedsverfahren gegen A., B., C. und F. ein, wonach festzustellen sei, dass diese ihr Kaufrecht in Bezug auf seine Anteile rechtsgültig ausgeübt haben und der Kaufpreis auf CHF 1'420 pro Stammanteil festzusetzen, eventualiter durch das Schiedsgericht selbst oder subeventualiter durch ein von diesem einzuholenden Gutachten zu ermitteln sei.<sup>4</sup> Mit Schiedsspruch vom 18. Dezember 2017 verpflichtete das angerufene Schiedsgericht A., B., C. und F. je einzeln dazu, D. Zug um Zug CHF 312'500 (entsprechend CHF 625 pro Stammanteil) gegen jeweils 500 Stammanteile der E. GmbH in 36 gleich hohen Raten mit einer Verzinsung von 2,01 % zu zahlen, wobei der Kaufpreis samt ausstehenden Zinsen jederzeit vollständig oder in betragsmässig höheren Raten beglichen werden kann.<sup>5</sup> Gegen diesen Schiedsspruch legten A., B. und C. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein.<sup>6</sup>

## II. Erwägungen und Entscheid

### 1. Einwand der mangelnden Schiedsfähigkeit

Das Bundesgericht setzt sich nach einigen allgemeinen prozessrechtlichen Erwägungen zum Anfechtungsobjekt, zur Beschwerdelegitimation von A., B. und C. (insbesondere zur Frage, ob eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, die es verneint), zu den Beschwerdegründen und zur Feststellung des Sachverhalts mit der Unzuständigkeitseinrede (Art. 393 lit. b ZPO) auseinander. Der Einwand der mangelnden Schiedsfähigkeit

als Unterfall der Unzuständigkeitseinrede stützt sich im vorliegenden Fall darauf, dass weder arbeitsrechtliche Streitigkeiten, namentlich die Frage des Ausscheidens eines Gesellschafters, noch solche gesellschaftsrechtlicher Natur, namentlich die Frage der Zustimmung der Gesellschaft zur Abtretung von Stammanteilen, von einem Schiedsgericht beurteilt werden dürfen.

In Bezug auf das Arbeitsrecht hält das Bundesgericht fest, dass «[d]ie fehlende Schiedsfähigkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Ansprüche [...] nicht dazu [führt], dass ein Schiedsgericht das Ausscheiden eines Gesellschafters, der zugleich auch Arbeitnehmer ist, und dessen Umstände unbeachtet lassen müsste».<sup>7</sup> Dies gilt offenbar selbst dann, wenn in Bezug auf die arbeitsrechtlichen Ansprüche – wie im vorliegenden Fall – eine entsprechende Klage bei einem staatlichen Gericht anhängig gemacht worden ist.

Bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Ansprüche führt das Bundesgericht aus, dass «es dem Schiedsgericht nicht verwehrt [war], sich im Rahmen der Beurteilung eines schiedsfähigen Anspruchs mit Beschränkungen der Übertragbarkeit von Stammanteilen auseinanderzusetzen, die sich aus den Statuten der Gesellschaft ergeben».<sup>8</sup> Dies deshalb, weil das Schiedsgericht nicht über gesellschaftsrechtliche Ansprüche, sondern über einzelne Fragen zu entscheiden hatte, die sich im Zusammenhang mit der Ausübung eines vertraglich vereinbarten Kaufrechts gestellt hatten.

### 2. Anspruch auf rechtliches Gehör

Unter dem Aspekt einer allfälligen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 393 lit. d ZPO) stellt das Bundesgericht zunächst klar, dass dieser Anspruch nicht so weit geht, «dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich [auseinandersetzen] und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss», sondern dass es genügt, «wenn es die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf welche es sich stützt».<sup>9</sup>

Unter Bezugnahme auf diese Praxis sieht das Bundesgericht diesen Anspruch weder mit Blick auf das Kündigungsschreiben von D. noch im Hinblick auf die Frage, ob die Kündigung selbstverschuldet war, als verletzt an.<sup>10</sup> Es sei nicht zu beanstanden, dass sich das Schiedsgericht in seiner Begründung, weshalb der Abzug von 40 % des wirklichen Werts nicht gerechtfertigt sei, mit der Frage der verschuldeten Kündigung nicht ausdrücklich ausei-

<sup>3</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, A.c.

<sup>4</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, B.a., B.b.

<sup>5</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, B.d.

<sup>6</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, C.

<sup>7</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 2.1.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 2.2.

<sup>9</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.1 (unter Bezugnahme auf BGE 142 III 433, E. 4.3.2 und BGE 136 I 184, E. 2.2.1).

<sup>10</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.2.

nersetzt, sondern sich lediglich mit dem Thema der Freiwilligkeit der Veräusserung befasst, da es seinen Entscheid auf diesen und nicht jenen Gesichtspunkt abstützt. Die entscheidende Erwägung des Schiedsgerichts lautet dementsprechend, dass D. «aufgrund einer Gefahrensituation für die Firma der Firma zuliebe ausgetreten» sei.

Die vorgebrachten Einwände von A., B. und C. bezüglich der Modalitäten der Zustimmung der E. GmbH zur Übertragung der Stammanteile und der Befristung des Kaufangebots und dem Ausübungspreis im Zusammenhang mit dem vertraglichen Kaufrecht hält das Bundesgericht, wie schon das Schiedsgericht, für «nicht entscheidungswesentlich» (Modalitäten der Zustimmung) bzw. «rechtlich unbeachtlich» (Befristung des Kaufangebots und Angebotspreis).<sup>11</sup>

### 3. Willkürüge

Unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 393 lit. e ZPO) setzt sich das Bundesgericht nochmals mit der rechtsverbindlichen Ausübung des Kaufrechts, der Zustimmung zur Abtretung der Stammanteile und dem Ausscheiden eines Gesellschafters unter materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekten auseinander. Art. 393 lit. e ZPO setzt für eine erfolgreiche Willkürüge voraus, dass ein Schiedsspruch «im Ergebnis willkürlich ist, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht».

A., B. und C. rügen zunächst, die Feststellung des Schiedsgerichts, sie hätten ihr Kaufrecht zu einem Preis von CHF 625 pro Stammanteil verbindlich ausgeübt, sei willkürlich, da sie dieses einzig zu einem Preis von CHF 375 ausgeübt hätten und ihr Angebot von D. nicht innert Frist angenommen worden sei.<sup>12</sup> Das Bundesgericht führt dazu im Wesentlichen aus, dass für die verbindliche Ausübung eines Kaufrechts die Bestimmbarkeit des Kaufpreises genügt und dass das Kaufrecht als Gestaltungsrecht zu qualifizieren ist, dessen rechtswirksame Ausübung Rechte und Pflichten begründet. A., B. und C. können sich der vertraglich vereinbarten verbindlichen Preisfestlegung durch das Schiedsgericht nicht einfach entziehen, so das Gericht, «indem sie einen Erklärungs- bzw. Grundlagenirrtum für den Fall geltend machen, dass das Schiedsgericht den Preis eines Stammanteils höher als [CHF 375] festlegen sollte». Aufgrund der Natur des Kaufrechts, das durch einseitige Willens-

erklärung geltend gemacht werden kann, sei auch keine fristgerechte Handlung von D. erforderlich.

A., B. und C. erachten zudem die Annahme des Schiedsgerichts als willkürlich, wonach die E. GmbH ihre Genehmigung zur Veräusserung der Stammanteile erteilt habe, wofür stets ein Stammanteilsveräusserungsgesuch sowie ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich sei.<sup>13</sup> Das Bundesgericht führt diesbezüglich aus, dass sich das Schiedsgericht mit der Frage der Zustimmung der E. GmbH überzeugend auseinandergesetzt hatte, indem es feststellte, dass die Erklärung der Kaufrechtsausübung vom 22. Februar 2016 im Namen der Gesellschaft ausgestellt und von vier zeichnungsberechtigten Geschäftsführern unterzeichnet worden sei, und daraus ableitete, dass die Kaufrechtsausübung von der E. GmbH verbindlich mitgetragen worden sei. Im Übrigen wäre es, so das Gericht, widersprüchlich und daher rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Gesellschafter, die das Kaufrecht ausgeübt haben und die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit kontrollieren, auf «gesellschaftsinterne Formalien zur Verhinderung der Übertragung der Stammanteile» berufen würden.

Auf die materiell-rechtliche Frage, was der Grund für das Ausscheiden von D. war, eine Frage, die im Zusammenhang mit dem Abzug von 40 % des wirklichen Werts steht, tritt das Bundesgericht wegen mangelnder Substantiierung des Standpunkts von A., B. und C. nicht ein.<sup>14</sup>

Zur verfahrensrechtlichen Frage, wonach das Schiedsgericht über das Ausscheiden von D. entschieden hat, äussert sich das Bundesgericht dahingehend, dass eine anderslautende Verfahrensverfügung des Schiedsgerichts vom 23. November 2016, wonach «die Umstände des Ausscheidens des [D.] von der E. GmbH im vorliegenden Schiedsverfahren nicht Streitgegenstand bilden», dieses nicht daran hindern soll, über die Vorfrage des Abzugs von 40 % des wirklichen Werts zu entscheiden, zumal in der allseits unterzeichneten Organisationsvereinbarung vom 2. September 2016 festgehalten wurde, dass die Frage der Entschädigung des D. zwischen den Parteien streitig sei.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.3.

<sup>12</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.2.2 (unter Bezugnahme auf das Urteil 4A\_24/2008 des BGer vom 12. Juni 2008, E. 3.1 und das Urteil 5A\_207/2007 des BGer vom 20. März 2008, E. 3.3 sowie BGE 132 III 18, E. 4.3 und BGE 121 III 210, E. 3c).

<sup>13</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.3.2.

<sup>14</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.4.

<sup>15</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.5.

### III. Erläuterungen

#### 1. Qualifikation und Konsequenzen der Rechtsnatur eines vertraglich vereinbarten Kaufrechts

##### 1.1 Qualifikation des vertraglichen Kaufrechts als Gestaltungsrecht

Das Bundesgericht qualifiziert das Kaufrecht der übrigen Gesellschafter gemäss Gesellschafterbindungsvertrag als Gestaltungsrecht, dessen rechtswirksame Ausübung durch einseitige Willenserklärung Rechte und Pflichten begründet.<sup>16</sup>

Bereits in seiner bisherigen Praxis hat das Bundesgericht ein vertragliches Kaufrecht von seiner Rechtsnatur her stets als Gestaltungsrecht eingeordnet.<sup>17</sup> Auch in der schuldrechtlichen Literatur wird das Kaufrecht als (begründendes) Gestaltungsrecht qualifiziert.<sup>18</sup> Das Gestaltungsrecht kann gemäss Lehre und Rechtsprechung definiert werden als «Befugnis, durch einseitige Willenserklärung [...] die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern».<sup>19</sup> Gestaltungsrechte sind gemäss herrschender Lehre nach Treu und Glauben auszuüben und grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unverjährbar.<sup>20</sup>

Die Qualifikation eines vertraglichen Kaufrechts als Gestaltungsrecht ist nicht zu beanstanden. Näher zu untersuchen sind aber die rechtlichen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, insbesondere in Bezug auf die Frage, ob das Kaufrecht rechtmässig ausgeübt worden ist.<sup>21</sup>

##### 1.2 Befristung des Kaufangebots und Annahmbedürftigkeit

Das Bundesgericht hält den Einwand von A., B. und C. zur Befristung des Kaufangebots für rechtlich unbeachtlich, weil aufgrund der Rechtsnatur des Kaufrechts keine fristgerechte Handlung von D. erforderlich gewesen sei.<sup>22</sup>

Die bei der Ausübung eines Kaufrechts im Aktionär- oder Gesellschafterbindungsvertrag zu beachtenden Fristen bilden relativ häufig Anlass für Streitigkeiten.<sup>23</sup> In diesem Zusammenhang kann das Kaufrecht selbst befristet oder unbefristet sein.<sup>24</sup> Im Sachverhalt des hier zu besprechenden Bundesgerichtsentscheids finden sich jedoch keine Hinweise darauf, ob und inwiefern das vertragliche Kaufrecht der übrigen Gesellschafter befristet war. Art. 216a OR über die Befristung von Kaufrechten auf höchstens zehn Jahre bezieht sich zudem nur auf den Grundstückskauf und ist daher vorliegend nicht anwendbar. Auch wenn das Kaufrecht im vorliegenden Fall Bestand haben dürfte, kann dieser Aspekt durchaus rechtserheblich sein.

Eine andere Frage betrifft die Ausübungsfrist. Die Ausübung des Kaufrechts kann einer vertraglichen oder gesetzlichen Verwirkungsfrist unterliegen.<sup>25</sup> Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass der Gesellschafterbindungsvertrag eine entsprechende Frist vorsieht. Art. 216e OR, wonach ein Vorkaufsrecht beim Grundstückskauf innerhalb von drei Monaten ab Kenntnis des Vertragsabschlusses ausgeübt werden muss, kommt ebenfalls nicht – gemäss Bundesgericht<sup>26</sup> für Kaufrechte an Grundstücken auch nicht analog – zum Tragen, da es sich vorliegend weder um einen Grundstückskauf noch um ein Vorkaufsrecht handelt. Auch dieser Aspekt kann aber durchaus rechtserheblich sein.

Davon zu unterscheiden ist die Problemstellung, ob die Ausübungserklärung des Gestaltungsrechts (d.h. vorliegend das Kaufangebot) befristet werden kann oder nicht. In der Befristung könnte man allenfalls eine Bedingung in zeitlicher Hinsicht sehen, die nicht – und dies erscheint mir für die rechtliche Beurteilung wesentlich – von der Willkür der ausübenden Person abhängt. Die Befristung verträgt sich allerdings nicht mit der Konzeption des Kaufangebots als einseitiges Gestaltungsgeschäft: Die Ausübung des Kaufrechts erfolgt unabhängig vom Willen des Verpflichteten durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>27</sup> Daher bedarf die Ausübung des Kaufrechts keiner Annahmeerklärung und jegliche Befristung der Ausübungserklärung würde sich schon deshalb als nutzlos erweisen.

<sup>16</sup> Zur Rechtsnatur des vertraglichen Kaufrechts, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.2.2.

<sup>17</sup> BGE 109 II 219, E. 2b; BGE 121 III 210, E. 3c; BGE 132 III 18, E. 4.3; Urteil 4A\_24/2008 des BGer vom 12. Juni 2008, E. 3.1.

<sup>18</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 10. A., Bd. I, Zürich 2014, Rz. 69; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 2.56; PHILIPP MEIER SCHLEICH, Option und Optionsvertrag: Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2018, 90.

<sup>19</sup> So GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 65. Ebenso etwa BGE 133 III 360, E. 8.1.1.

<sup>20</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 151 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, Rz. 75.

<sup>21</sup> Für den Aktionärbindungsvertrag: Urteil 4A\_629/2012 des BGer vom 9. April 2013, E. 8.

<sup>22</sup> Zur Befristung des Kaufangebots, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.3, E. 4.2.2.

<sup>23</sup> Vgl. dazu etwa das – besonders anschauliche – Urteil 4A\_611/2016 des BGer vom 20. März 2017, E. 3 bis E. 7 (Frist für eine Einigung über den Kaufpreis und/oder die Einleitung der Expertenbestellung).

<sup>24</sup> Für den Aktionärbindungsvertrag: PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015, Rz. 1293.

<sup>25</sup> Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 159.

<sup>26</sup> BGE 138 III 659, E. 4 (Leitsatz: für Kaufrechte besteht keine gesetzliche Ausübungsfrist).

<sup>27</sup> Vgl. etwa das Urteil 4A\_24/2008 des BGer vom 12. Juni 2008, E. 3.1 oder das Urteil 4A\_629/2012 des BGer vom 9. April 2013, E. 8.5 sowie das hier zu besprechende Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.2.2. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 129.



### 1.3 Ausübungspreis, Irrtumsanfechtung und Bedingungen

Das Bundesgericht hält auch den Vorbehalt von A., B. und C. zum Ausübungspreis für rechtlich unbeachtlich, weil der Kaufpreis bestimmbar gewesen sei und die Berufung auf einen Erklärungs- bzw. Grundlagenirrtum sinnwidrig wäre.<sup>28</sup>

Mit Blick auf die Bestimmung des Kaufpreises können absolut und relativ limitierte Kaufrechte unterschieden werden, wonach der Kaufpreis entweder bestimmt oder zumindest bestimmbar ist.<sup>29</sup> Mangels Bestimmbarkeit eines wesentlichen Vertragselements (vgl. Art. 184 Abs. 1 und Abs. 3 OR) nicht zulässig sind hingegen unlimitierte Kaufrechte, bei denen der Kaufpreis im Kaufrechtsvertrag definitionsgemäss nicht näher geregelt ist.<sup>30</sup> Diese und die damit zusammenhängenden Fragen betreffen jedoch den Bestand und nicht die Ausübung des Kaufrechts. Indem das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid davon ausgeht, «dass für die verbindliche Ausübung eines [Kaufrechts] die Bestimmbarkeit des [Kaufpreises] genügt», vermischt es diese beiden Ebenen.<sup>31</sup> Die bisherige Rechtsprechung hat dieses Thema zu Recht immer im Zusammenhang mit dem Bestand eines Erwerbsrechts und nicht mit dessen Ausübung behandelt.<sup>32</sup>

Das Bundesgericht hält demgegenüber zu Recht fest, dass es unstatthaft wäre, sich auf einen Erklärungs- bzw. Grundlagenirrtum zu berufen, nachdem man ein vertragliches Kaufrecht ausgeübt hat, und geltend zu machen, man hätte dies lediglich zu einem Preis von CHF 375 (mit 40 % Abzug) und nicht zu einem Preis von CHF 625 (ohne 40 % Abzug) pro Stammanteil getan. In einem anderen Fall, in dem der wirkliche Wert der Aktien von der Gesellschaft um mehr als den Faktor 8 unterschätzt wurde, indem diese ursprünglich von einem wesentlich tiefer liegenden Steuerwert ausgegangen ist, hat das Bundesgericht einen rechtlich relevanten Irrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 und Ziff. 4 OR ebenfalls verneint.<sup>33</sup>

Zudem ist zu beachten, dass das Kaufrecht entweder bedingt oder unbedingt sein kann.<sup>34</sup> Vorliegend handelt es sich denn auch um ein auf das Ausscheiden eines Gesellschafters bedingtes Kaufrecht, was im Rahmen von

Art. 151 bis Art. 153 OR (aufschiebende Bedingungen) ohne Weiteres zulässig ist.

Eine ganz andere Frage ist hingegen, ob die Ausübungserklärung eines Kaufrechts unter einem Vorbehalt (d.h. bedingt) abgegeben werden darf. Man könnte sich natürlich schon überlegen, ob es sich vorliegend nicht womöglich um eine bedingte Ausübung des Kaufrechts (eben zu einem Preis von CHF 375 und nicht CHF 625 pro Stammanteil) gehandelt hat. Nach der herrschenden Lehre<sup>35</sup> und Rechtsprechung<sup>36</sup> sind Gestaltungserklärungen grundsätzlich bedingungsfeindlich. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein Vorkaufsrecht etwa nur dann als rechtsgültig ausgeübt, wenn die entsprechende Gestaltungserklärung innert der Frist bestimmt und eindeutig, vorbehaltlos und bedingungslos sowie unwiderruflich abgegeben wurde.<sup>37</sup> Das Bundesgericht verfolgt dabei jedoch in verschiedener Hinsicht einen erstaunlich durchlässigen Ansatz, was an und für sich zu begrüßen ist.<sup>38</sup> Auch in der Literatur wird eine bedingte Ausübungserklärung als zulässig betrachtet, sofern dadurch nicht eine für den Erklärungsempfänger unzumutbare Rechtsunsicherheit entsteht.<sup>39</sup>

Auch wenn Gestaltungserklärungen gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich bedingungsfeindlich sind, ist durchaus vorstellbar, dass die an eine Bedingung geknüpfte Ausübung eines Kaufrechts zulässig sein kann, sofern dadurch das schutzwürdige Interesse an einer klaren Rechtslage nicht übermässig beeinträchtigt wird. Auch unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten wäre eine bedingte Ausübung eines Kaufrechts unter gewissen Voraussetzungen wünschenswert, indem durch die Stärkung der mit vielen Unsicherheiten behafteten Rechtsposition des Kaufrechtsinhabers insgesamt eine effizientere Risikoallokation unter den Parteien erreicht werden kann. Indem die kaufberechtigte Person im Voraus weiss, was sie erhält, wenn sie ihr Kaufrecht ausübt, werden zudem auch die Kosten von

<sup>28</sup> Zum Ausübungspreis, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.3, E. 4.2.2.

<sup>29</sup> Für den Aktionärbindungsvertrag: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 24), Rz. 1294 f.

<sup>30</sup> Für den Aktionärbindungsvertrag: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 24), Rz. 1296.

<sup>31</sup> Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.2.2.

<sup>32</sup> Urteil 5A\_207/2007 des BGer vom 20. März 2008, E. 3 (Vorkaufsrecht); Urteil 4A\_24/2008 des BGer vom 12. Juni 2008, E. 3.1 (Kaufrecht).

<sup>33</sup> BGE 110 II 293, E. 5.

<sup>34</sup> Für den Aktionärbindungsvertrag: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 24), Rz. 1290 ff.

<sup>35</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 154 f.

<sup>36</sup> BGE 81 II 245, E. 1 (bäuerliches Vorkaufsrecht); BGE 101 II 235, E. 2b (gesetzliches Vorkaufsrecht des Miteigentümers); BGE 102 II 376, E. 4b (bäuerliches Vorkaufsrecht); BGE 109 II 245, E. 7b (bäuerliches Vorkaufsrecht); BGE 117 II 30, E. 2a (Vorkaufsrecht an einem Grundstück); BGE 123 III 246, E. 3 (arbeitsrechtliche Kündigung); BGE 128 III 129, E. 2a (arbeitsrechtliche Kündigung).

<sup>37</sup> BGE 81 II 245, E. 1; BGE 101 II 235, E. 2b; BGE 109 II 245, E. 7b; BGE 117 II 30, E. 2a.

<sup>38</sup> BGE 92 II 158, E. 5 (Zulässigkeit des Vorbehalts, gewisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vereinbarte Bedingungen als ungültig anzufechten); BGE 102 II 376, E. 4b (Herausarbeitung von unterschiedlichen Interessen an der Vermeidung einer Rechtsunsicherheit nach Gestaltungsrecht und Lage des einzelnen Falls, abstrakt und anhand von Beispielen); BGE 117 II 30, E. 2a (Hinweise auf Relativierungen des Grundsatzes der Bedingungsfeindlichkeit in der Literatur); BGE 123 III 246, E. 3 (Zulässigkeit von Bedingungen, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsgegners abhängt).

<sup>39</sup> ZK-HAAB/SIMONIUS, Art. 681/682 ZGB N 38; BK-MEIER-HAYOZ, ZGB 681 N 226.

möglichen *ex post* Streitigkeiten in diesem Zusammenhang erheblich reduziert.

Diese Überlegungen könnten in der vorliegend interessierenden Konstellation, in der die Kaufrechtsausübung an einen bestimmten Preis (CHF 375 pro Stammanteil) gebunden ist, durchaus zutreffen. Es dürfte wohl aber nicht genügen, wenn der vorbehaltene Ausübungspreis nicht genau bestimmt, sondern lediglich bestimmbar ist (z.B. ein näher definierter Anteil des EBIT oder eine andere Kennzahl), weil dadurch keine eindeutige Rechtslage erreicht werden kann. Für den Fall, dass im Hinblick auf die Ausübung des Kaufrechts nichts weiter vereinbart wurde, muss man wohl – und hier liegt m.E. die Quintessenz des vorliegenden Urteils – auch künftig davon ausgehen, dass das Kaufrecht ohne Vorbehalt ausgeübt worden ist.

## 2. Berücksichtigung der Umstände des Ausscheidens des veräusserungswilligen Gesellschafters

### 2.1 Unterscheidung arbeits- und vertragsrechtlicher Streitigkeiten

Das Bundesgericht schützt die Auffassung der Vorinstanz, indem es das Ausscheiden des D. als vertragsrechtliche und nicht als arbeitsrechtliche Streitigkeit qualifiziert.<sup>40</sup>

Gemäss Art. 354 ZPO kann «jeder Anspruch [...], über den die Parteien frei verfügen können», von einem (nationalen) Schiedsgericht beurteilt werden. Nach der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind arbeitsrechtliche Ansprüche im Rahmen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit jedoch nur insofern schiedsfähig, als dass es sich nicht um geschützte Ansprüche nach Art. 341 Abs. 1 OR (einschliesslich der zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften gemäss Art. 361 und Art. 362 OR) handelt, auf die ein Arbeitnehmer nicht rechtswirksam verzichten kann.<sup>41</sup> In der Literatur wird diese Einschränkung der Schiedsfähigkeit überwiegend kritisiert.<sup>42</sup> Dieser Theorienstreit muss hier jedoch nicht näher beurteilt werden.

Es liegt m.E. auf der Hand, dass die Frage nach dem Grund des Ausscheidens des Gesellschafters von der Schiedsklausel in Art. 10.1 GBV miterfasst wird, da sie relevant für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des 40 % Abzugs und damit Teil der Wertbestimmung des vertraglichen Kaufrechts ist. Da es vorliegend um kei-

nen arbeitsrechtlichen Anspruch ging, bei dem eine gewisse Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bestehen würde, sondern um eine rein vertragliche Streitigkeit aus dem betreffenden Gesellschafterbindungsvertrag, ist die Schiedsfähigkeit diesbezüglich zweifelsohne gegeben.

### 2.2 Prüfung von alternativen und kumulativen Voraussetzungen

Das Bundesgericht erblickt keine Gehörsverletzung darin, dass sich das Schiedsgericht lediglich mit dem Thema der Freiwilligkeit der Veräusserung befasst und sich mit der Frage der verschuldeten Kündigung nicht ausdrücklich auseinandersetzt.<sup>43</sup>

In Art. 6.6 lit. b GBV steht, dass der 40 % Abzug beansprucht werden kann «für den Fall der freiwilligen Veräusserung sowie für den Fall der Veräusserung wegen verschuldeter Kündigung des Arbeitsverhältnisses». Ob es sich bei diesen zwei Fällen um kumulative oder um alternative Voraussetzungen handelt, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln.<sup>44</sup> Während der Wortlaut vielleicht eher für kumulative Voraussetzungen spricht, wird aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung klar, dass es sich dabei um alternative Voraussetzungen handeln muss. Damit sollen offenbar jene Sachverhalte erfasst werden, die durch ein Ereignis in der Risikosphäre des veräusserungswilligen Gesellschafters ausgelöst werden. Dafür spricht auch das systematische Auslegungselement: Gemäss Art. 6.6 lit. a Abs. 5 GBV ist der Abgang eines Gesellschafters bei der Festlegung des wirklichen Werts bis max. 20 % mit zu berücksichtigen, ebenso wie ein allfälliger Ersatz für einen abgehenden Mitarbeiter.

Unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs kann es durchaus problematisch sein, wenn ein Gericht nur eine der beiden alternativen Voraussetzungen prüft, nicht aber die andere, gerade dann, wenn die geprüfte Voraussetzung nicht greift. Es wäre wünschenswert gewesen, dass sich das Schiedsgericht zumindest ansatzweise mit der Frage der verschuldeten Kündigung befasst hätte, zumal dies für die Rechtfertigung des 40 % Abzugs entscheidungswesentlich sein kann. Zu diesem Zweck kann es allenfalls auch sinnvoll sein, das Kündigungsschreiben von D. heranzuziehen, wobei dies nicht unter allen Umständen notwendig erscheint.

<sup>40</sup> Zur arbeitsrechtlichen Unzuständigkeitseinrede, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 2.1.

<sup>41</sup> BGE 136 III 467, E. 2 bis E. 4; Urteil 4A\_515/2012 des BGer vom 17. April 2012, E. 4.2; BGE 144 III 235, E. 2.

<sup>42</sup> Vgl. dazu die Übersicht zur Kritik bei ANGELA CASEY-OBRIEST, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, Diss. Basel 2016, Rz. 259 ff.

<sup>43</sup> Zur arbeitsrechtlichen Gehörsverletzung, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.2.

<sup>44</sup> Im Allgemeinen: BGE 138 III 659, E. 4.2.1 (Auslegung eines vertraglichen Kaufrechts an einem Grundstück); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 18), Rz. 1195 ff. Für den Aktionärbindungsvertrag: Urteil 4C.166/2003 des BGer vom 19. März 2004, E. 3.1 (Auslegung eines Verkaufsrechts in einem Aktionärbindungsvertrag); FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 24), Rz. 204 ff.

### 2.3 Rechtfertigung der Reduktion von 40 % des wirklichen Werts

Das Bundesgericht tritt auf die materiell-rechtliche Willkürfrage von A., B. und C. nicht ein, wonach die Reduktion von 40 % des wirklichen Werts gerechtfertigt (und nicht, wie im bundesgerichtlichen Urteil wohl irrtümlich steht, «nicht gerechtfertigt») sei.<sup>45</sup>

Es ist schwierig zu behaupten, D. hätte das Unternehmen freiwillig verlassen und/oder seine Kündigung sei verschuldet. Die Verwerfung der Freiwilligkeitshypothese ergibt sich schon aus der – für das Bundesgericht verbindlichen (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) – Sachverhaltsfeststellung des Schiedsgerichts, wonach A. zusammen mit einer Gruppe von Software-Programmierern das Unternehmen verlassen hätte, falls D. weiterhin im Unternehmen bleiben sollte. Zur Beurteilung der Frage, ob die Kündigung von D. allenfalls selbstverschuldet war, fehlen im vorliegend besprochenen Urteil des Bundesgerichts schlichtweg die entsprechenden Hintergrundinformationen zum Sachverhalt. Daher muss diese Frage hier offenbleiben.

Der Nichteintretensentscheid des Bundesgerichts zur materiell-rechtlichen Frage der Rechtmässigkeit des Abzugs von 40 % des wirklichen Werts unter dem Aspekt der Willkür scheint verständlich, zumal ein laufendes arbeitsrechtliches Verfahren vor einem staatlichen Gericht hängig ist. Es mag jedoch bezweifelt werden, ob sich in diesem Verfahren tatsächlich Überschneidungen ergeben, da es sich hier um eine Frage der Vertragsauslegung und nicht um die Anwendung der relevanten arbeitsrechtlichen Vorschriften handelt.

### 2.4 Beurteilung der objektiven Tragweite einer Schiedsklausel

Das Bundesgericht weist auch die verfahrensrechtliche Willkürfrage von A., B. und C. im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts ab, wonach das Ausscheiden des D. nicht Streitgegenstand des Schiedsverfahrens sei.<sup>46</sup>

Dabei handelt es sich – entgegen der vom Bundesgericht wohl irrtümlicherweise getroffenen Annahme, Art. 393 lit. d ZPO sei einschlägig – richtigerweise um eine Frage der objektiven Tragweite der betreffenden Schiedsklausel, was als Teilaspekt der Verletzung von Zuständigkeitsbestimmungen gemäss Art. 393 lit. b ZPO gilt.<sup>47</sup> Dies vorausgeschickt, kann man sich durchaus die

Frage stellen, ob das Schiedsgericht, indem es über das Ausscheiden von D. entschieden hat, über einen Streitpunkt befunden hat, der nicht in seine Zuständigkeit fällt. Das muss man aber richtigerweise verneinen. Es geht vorliegend nicht um allfällige Ansprüche aus einer unrechtmässigen Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis, sondern lediglich um die Bemessung des vertraglichen Abfindungsanspruchs auf Gesellschafterebene.

Die Abweisung der verfahrensrechtlichen Zuständigkeitseinrede unter dem Aspekt der Willkür überzeugt im Ergebnis, auch wenn diese richtigerweise unter dem Anfechtungsgrund der Verletzung von Zuständigkeitsbestimmungen (Art. 393 lit. b ZPO) zu prüfen gewesen wäre. Im Übrigen ist es unter dem Aspekt der Prozessökonomie zu begrüssen, dass diese Vorfrage vom Schiedsgericht entschieden worden ist.<sup>48</sup>

## 3. Erforderlichkeit der Zustimmung der Gesellschaft zur Abtretung der Stammanteile

### 3.1 Unterscheidung gesellschafts- und vertragsrechtlicher Streitigkeiten

Das Bundesgericht schützt die Auffassung der Vorinstanz, indem es die sich im Zusammenhang mit der Ausübung des vertraglich vereinbarten Kaufrechts stellenden Fragen betreffend Übertragungsbeschränkungen von Stammanteilen als vertragsrechtliche und nicht als gesellschaftsrechtliche Streitigkeit qualifiziert.<sup>49</sup>

Im Rahmen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit kann – wie bereits erwähnt – «jeder Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können» (Art. 354 ZPO), Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Obwohl gesellschaftsrechtliche Ansprüche nach der heute herrschenden Lehre zum grossen Teil einer schiedsgerichtlichen Beurteilung zugänglich sind, muss jeweils im Einzelfall beurteilt werden, ob die Parteien auf den betreffenden Anspruch verzichten oder sich darüber durch Vergleich einigen können.<sup>50</sup> Wie es sich mit der Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen – vorliegend von Interesse sind insbesondere die Zustimmungserfordernisse nach Art. 786 OR aufgrund einer Abtretung von Stammanteilen – verhält, muss hier jedoch nicht näher analysiert werden.

PAR VON DER CRONE, Ausdehnung der Tragweite statutarischer Schiedsklauseln bei Kapitalgesellschaften, SZW 2018, 215 ff., 217 ff.

<sup>48</sup> Vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht: Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. St. Gallen, Bern 2013, Rz. 219 (Abwarten einer richtungsweisenden Entscheidung) und Rz. 234 (Ausdehnung der Streitfrage).

<sup>49</sup> Zur gesellschaftsrechtlichen Unzuständigkeitseinrede, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 2.2.

<sup>50</sup> Vgl. dazu die ausgewählten Beispiele bei VALENTINA MEIER, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2017, Rz. 55 ff.

<sup>45</sup> Zur materiell-rechtlichen arbeitsrechtlichen Willkürprüfung, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.4.

<sup>46</sup> Zur verfahrensrechtlichen arbeitsrechtlichen Willkürprüfung, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.5.

<sup>47</sup> Vgl. dazu BGE 116 II 639, E. 3a sowie BSK IPRG-PFISTERER, Art. 190 N 42 und BSK ZPO-MRÁZ/PETER, Art. 393 N 39 ff. Siehe auch das Urteil 4A\_344/2017 des BGer vom 21. Dezember 2017, E. 2 und die Besprechung von RICHARD G. ALLEMAN/HANS CAS-



Entscheidend ist vielmehr, dass es sich im vorliegenden Fall zu Recht nicht um gesellschaftsrechtliche Ansprüche handelt, über die zu befinden war, sondern um einzelne Fragen, die im Zusammenhang mit der Ausübung eines vertraglich vereinbarten Kaufrechts stehen. In diesem Rahmen – aber nicht völlig losgelöst davon, da dies sonst nicht von der betreffenden Schiedsklausel erfasst wäre – darf sich das Schiedsgericht auch mit Beschränkungen der Übertragbarkeit von Stammanteilen auseinandersetzen.

### 3.2 Bedeutung der Modalitäten der Zustimmung für das Kaufrecht

Das Bundesgericht hält die vorgebrachten Einwände von A., B. und C. über die Modalitäten der Zustimmung der E. GmbH für nicht gehörsrelevant, da das Schiedsgericht die Modalitäten der Zustimmung *in casu* ausdrücklich als nicht entscheidwesentlich erachtet hat.<sup>51</sup>

Das ist soweit nicht zu beanstanden. An dieser Stelle ist jedoch der Grundsatzfrage nachzugehen, ob und inwiefern die Zustimmung der Gesellschaft bei der Übertragung von Stammanteilen einer GmbH im Zusammenhang mit der Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts überhaupt von Bedeutung sein kann, soll oder muss. In rechtsdogmatischer Hinsicht wird durch die Ausübung des Kaufrechts das Verpflichtungsgeschäft auf Übertragung der betreffenden Stammanteile begründet. Davon zu unterscheiden ist die Abtretung als eigentliches Verfügungsgeschäft. Sofern die gesetzlichen (Art. 786 Abs. 1 OR) oder statutarischen (Art. 786 Abs. 2 OR) Übertragungsbeschränkungen nicht eingehalten werden, kann dies nach einer gewichtigen Lehrmeinung nicht nur dazu führen, dass das Verfügungsgeschäft, d.h. die Abtretung, nicht rechtswirksam wird (vgl. Art. 787 Abs. 1 OR), sondern auch bewirken, dass das dahinterliegende Verpflichtungsgeschäft, d.h. der durch Ausübung des Kaufrechts zustande gekommene Kaufvertrag, nicht rechtsbeständig ist und rückabgewickelt werden muss.<sup>52</sup>

Geht man von einem entsprechenden Zustimmungserfordernis nach Art. 786 OR aus, muss man sich auch die Anschlussfrage nach der Bedeutung der Modalitäten dieser Zustimmung stellen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zwingend ist (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR), wobei der veräussernde Gesellschafter gemäss Art. 806a OR nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen ist und daher seine Stimmrechte ebenfalls ausüben kann.<sup>53</sup> Der gesellschafts-

rechtlich relevante Rechtsübergang wird demnach an die Zustimmung und damit an den Zeitpunkt des betreffenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung geknüpft (Art. 787 Abs. 1 OR). Von besonderem Interesse ist daher, welche Anforderungen an diesen «Beschluss» zu stellen sind.

Zudem steht die Frage im Raum, was dies denn nun für ein vertragliches Kaufrecht bedeutet. Man könnte etwa argumentieren, dass eine ausgebliebene Zustimmung der Gesellschafterversammlung genau genommen nicht das vertragliche Kaufrecht, das rechtsgültig ausgeübt worden ist, betrifft, sondern den dahinterliegenden Kaufvertrag. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass das Bundesgericht die Modalitäten der Zustimmung im vorliegenden Fall als nicht entscheidwesentlich bezeichnet hat, da all diese Überlegungen der rechtsverbindlichen Ausübung des vertraglichen Kaufrechts nicht entgegenstehen.

### 3.3 Genehmigungsfiktion und gesellschaftsinterne Formalien

Das Bundesgericht erachtet es nicht als willkürlich, dass das Schiedsgericht davon ausgeht, die E. GmbH habe – zumindest implizit – ihre Genehmigung zur Veräusserung der Stammanteile erteilt, und die Prüfung der Frage, ob in diesem Zusammenhang die gesellschaftsinternen Formalien eingehalten werden müssen oder nicht, offengelassen hat.<sup>54</sup>

Zunächst ist kurz darauf einzugehen, ob die Zustimmung der Gesellschaft auf die Art und Weise, wie es im vorliegenden Fall getan worden ist, fingiert werden darf. Im konkreten Fall hat das Schiedsgericht auf die im Namen der Gesellschaft ausgestellte und von den vier in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern unterzeichnete Erklärung der Kaufrechtsausübung abgestellt und daraus abgeleitet, dass die Kaufrechtsausübung von der Gesellschaft verbindlich mitgetragen wurde. Da die betreffenden Gesellschafter auch Parteien des Gesellschafterverbindungsvertrags sind, in dem das Kaufrecht vereinbart wurde, kann von einer Zustimmung i.S.v. Art. 786 Abs. 1 i.V.m. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgegangen werden.

Zudem ist näher zu untersuchen, inwiefern es für das Kaufrecht relevant ist, dass die gesellschaftsinternen Formalien eingehalten werden, d.h. ein Stammanteilsveräusserungsgesuch gestellt und ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung vorliegt. Fraglich ist daher, ob sich ein nicht gefasster, aber erforderlicher Beschluss der Gesellschafterversammlung auf die Gül-

<sup>51</sup> Zur gesellschaftsrechtlichen Gehörsverletzung, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 3.3.

<sup>52</sup> LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, 2. A., Zürich 2006, § 19 N 39; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 786 N 11.

<sup>53</sup> Vgl. dazu HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 52), § 19 N 33; MARKUS SCHEIDEGGER, in: NUSSBAUM/SANWALD/SCHIEDEGGER (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri 2007, Art. 786

N 5 und N 7; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 786 N 2.

<sup>54</sup> Zur gesellschaftsrechtlichen Willkürprüfung, vgl. das Urteil 4A\_60/2018 des BGer vom 27. Juni 2018, E. 4.2.

tigkeitsebene einer vertraglichen Vereinbarung durchschlägt. In meiner Dissertation über Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen habe ich die Auffassung vertreten, dass die gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften bewirken können, dass eine diesen Vorgaben widersprechende Vertragsklausel ungültig und der gesamte Vertrag insofern teilnichtig ist.<sup>55</sup> Dies ist m.E. jedoch lediglich dann der Fall, wenn eine vertragliche Vereinbarung gesetzwidrig in die zwingenden Zuständigkeiten des betreffenden Organs eingreift, nicht aber dann, «wenn die eine Partei den erforderlichen [Beschluss] im Einzelfall nicht verabschiedet oder eingeholt hat und die andere Partei davon nicht weiss und auch nicht wissen muss».<sup>56</sup> Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich daraus der allgemeine (wohl nicht unumstrittene) Grundsatz, dass eine gutgläubige Vertragspartei von der anderen Partei deren gesellschaftsinterne Zuständigkeit nicht bestätigen lassen oder sonstwie prüfen muss, ob diese die erforderlichen Gesellschaftsbeschlüsse auch tatsächlich gefasst hat.

Interessant ist ausserdem die Erwägung, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sich jemand zur Verhinderung einer Anteilsübertragung auf gesellschaftsinterne Formalien beruft, nachdem er oder sie ein vertragliches Kaufrecht ausgeübt hat. Der bundesgerichtlichen Ansicht, dass dies einem widersprüchlichen Verhalten (*venire contra factum proprium*) gleichkommen würde und daher keinen Rechtsschutz verdient, ist zuzustimmen. Während das Bundesgericht in seiner älteren Praxis<sup>57</sup> verlangt, dass ein früheres Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht wird, kann gemäss neuer Praxis<sup>58</sup> ein widersprüchliches Verhalten auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer in sich völlig unvereinbaren Verhaltensweise gesehen werden. Obwohl ein Rechtsmissbrauch nur restriktiv anzunehmen ist, dürfte ein solcher in dieser Konstellation wohl gegeben sein.

#### IV. Bedeutung für die Praxis

Im besprochenen Entscheid wird die bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach ein vertragliches Kaufrecht als Gestaltungsrecht zu qualifizieren ist, mit den entsprechenden rechtlichen Konsequenzen. Die Frage, ob ein Kaufrecht – im Allgemeinen, aber auch im konkreten Fall – bedingt ausgeübt werden kann oder nicht,

hat das Bundesgericht erneut offengelassen. In der Beratungspraxis wird man wohl weiterhin davon ausgehen dürfen, dass es immer dann, wenn der Vertrag über die Ausübung eines Kaufrechts keinen Vorbehalt enthält, wohl schwierig ist, einen solchen bei der Ausübung des entsprechenden Rechts geltend zu machen.

Interessant ist sodann die Feststellung, dass ein Schiedsgericht nicht notwendigerweise auf ein parallel laufendes staatliches Verfahren mit gewissen Berührungspunkten im Hinblick auf den zu beurteilenden Streitgegenstand Rücksicht nehmen muss. Sofern das Schiedsgericht zur Beurteilung eines schiedsfähigen Anspruchs zuständig ist, sollte es über alle damit zusammenhängenden Punkte als Vorfrage entscheiden können. Im vorliegenden Fall wurde dies für die Umstände des Ausscheidens eines Gesellschafters und Arbeitnehmers bejaht.

Besonders weit geht schliesslich auch die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben (im Innenverhältnis) nicht auf einen von der Gesellschaft oder einem Gesellschafter abgeschlossenen Vertrag (im Aussenverhältnis) durchschlägt. Ob diese Überlegungen tatsächlich wie soeben beschrieben verallgemeinert werden dürfen, ist zum jetzigen Zeitpunkt zumindest noch nicht restlos geklärt.

<sup>55</sup> VALENTIN JENTSCH, Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen: Inhalt, Zulässigkeit und Durchsetzung, Diss. Zürich 2015, Rz. 189.

<sup>56</sup> JENTSCH (FN 55), Rz. 215.

<sup>57</sup> BGE 106 II 320, E. 3a; BGE 110 II 494, E. 4; BGE 115 II 331, E. 5a; BGE 116 II 700, E. 3b; BGE 121 III 350, E. 5b; BGE 125 III 257, E. 2a; BGE 140 III 481, E. 2.3.2.

<sup>58</sup> BGE 138 III 401, E. 2.2; BGE 143 III 666, E. 4.2.